10

por de buena fe haga los fructos suyos y derechos de retencion por mejoras. 99

21



POR IVAN DE OSTOS RAMOS, DOÑA Iuana de Vega, y don Antonio de Vega y consortes.

EN EL PLEYTO

CON

Marcos de Carmona, vezinos de la Ciudad de Ezija, y villa de Fuentes.

(?)

Impresso en Granada, En casa de Blas Martinez, Impressor y mercader de libros, en la Libreria. Año de M.DC.XXXV.



Odo eſte pleyto ſe origina devna clauſula devna eſcritura q̃ en la dicha ciudad de Ezija otorgaron Bartolome Sanchez de Orejuela, y Ana Hernãdez la delgada ſu muger en ella en 25. de Enero, del año paſſado de 1514. en la qual parece ſegun ſu relacion, que los ſuſodichos hizieron entriego de ciertos bienes muebles y rayzes, con los aprecios contenidos en la dicha eſcritura, a Benito Sanchez de Orejuela, y Bartolome Sanchez de Orejuela el moço ſus hijos, todo a cuenta de ſus legitimas paterna y materna. Y entre otros bienes ſe les hizo entrego de dos tercios de vn molino de azeyte, caſerias y bodega, y pertrechos; demanera que ſe diuidio en tres partes, las dos para los dos hijos, y la otra para los padres. Y nueue arançadas y media de viñas, y oliuares, con vna caſa de dos tapias cubierta de palma. Y la clauſula es eſta.

C L A V S V L A.

2 ¶ Y entre los dichos Bartolome Sãchez de Orejuela y ſus dos hijos, ſe pone por condicion por ſer coſa en comunion, que ninguno de ellos, agora ni en ningun tiempo, ni la perſona ni perſonas que ſucedieren en el dicho molino, caſerias y pertrechos, no puedan vender ſu tercio, ni parte del a ninguna perſona, ſo pena que ſi alguno dellos lo vendiere, qualquiera de los otros lo pueda tomar para ſi deſde luego que lo vendiare, y no lo pueda pagar luego ſino dentro de vn año, de ſeſenta mil marauedis por el tercio que aſsi ſe vendiere a reſpeto de lo dicho por el tercio, aunque ſe venda en mucho mas que cien mil marauedis, ò en menos lo tome, y ellos por lo dicho. Y ſi ſe arrendare, aſsimiſmo lo tome qualquiera de los otros ſin

precio

precio alguno. Demanera que siempre estè el dicho molino en los susodichos, o en los que dellos descendieren, sin podello enagenar por venta, ni por arrendamiento en otro ningun tercero.

3 ¶ Y asi vos damos y entregamos el dicho tercio de molino en los dichos cien mil maravedis, como dicho es, enlos dichos precios, los pertrechos de susodeclarados, porque el que faltare alguno dellos, lo cumpla y pague, y esten siempre ciertos para seruir a toda la compañia, y con la dicha condicion, y compañia y vnion de no podello vender vos el dicho nuestro hijo, ni vuestro hermano, ni nosotros, so la pena que de suso se contiene y declara, y de susodeclarado.

4 ¶ Y asimismo vos damos y entregamos con la dicha condicion de no poderlo vender ni enagenar, segun y como lo tenemos puesto en el dicho molino y casas, y pertrechos, de nueue arançadas y media de viñas y oliuares que estan en vn pedaço, con vna casa de dos tapias en alto, cubierta de palma, libre de tributo, &c.

5 ¶ Esto supuesto, parece que muerto Benito Sanchez de Orejuela, los dichos sus dos hijos Benito y Bartolome Sanchez, enagenaron el dicho molino y tierras, por venta que dello hizierō, y con este titulo se ha posseydo mas de cincuenta años sin contradicion alguna, hasta que agora por el año de seyscientos y treynta y dos, el dicho Marcos de Carmona actor deste pleyto, como hijo q̄ dize ser legitimo y natural del dicho Benito Sanchez de Orejuela, hijo mayor de Bartolome Sanchez de Orejuela, y de Ana Fernandez la Delgada ante la justicia de la Ciudad de Ezija puso demanda a estas partes que defiendo, en que pretende q̄ el dicho Benito Sāchez su abuelo auia dexado por via de vinculo y mayorazgo el dicho molino, oliuar y viña, para que siempre, jamas permaneciesse en sus descendientes, con prohibicion de no lo poder vender, ni arrendar a persona estraña, y que esta voluntad y prohibicion, la repitieron y declararo

raron muchas vezes, y que en contrauencion de lo dicho, Benito Sanchez de Orejuela su padre, y Bartolome Sanchez su tio, auiã vendido el dicho molino, caserias, pertrechos y oliuar, a los dichos Iuan de Ostos Ramos y consortes, y a sus autores que no son de la familia, y assi que a el le pertenecian y pertenecen, como a hijo vnico y varon de Benito Sanchez, hijo mayor del fundador. Y concluyò diziendo, auian de ser cõdenados los dichos reos, cada vno por la parte que ha posseydo y possee, a la restitucion del dicho molino, y lo demas, con los frutos y rentos desde el dia de la enagenacion, hasta la real restitucion. Y presentò la escritura en que se contienen la clausula y condiciones arriba referidas.

6 ¶ Iuan de Ostos Ramos y consortes, despues de auer dicho que no tenian obligacion a responder a esta demanda, porque el actor les auia puesto otro pleyto, en que intentando vna hipotecaria por los bienes dotales de su madre, auia alegado que estos mismos bienes que oy pretende, eran bienes libres; y en este pleyto presentò esta escritura de que oy se vale, y que por sentencias de vista y reuista desta Real Chãcilleria, de que se despachò executoria, auian sido absueltos, y assi que le obstaua la cosa juzgada. Finalmente opusieron por excepciones, que lo que se contiene en la escritura presentada, no es vinculo ni fideicomisso, ni tal se puede colegir de sus palabras, porque no miran a perpetüydad, y que solamente fue vna compañia hecha entre el padre y sus dos hijos, para que el molino entre ellos no se vendiesse ni enagenasse, con pena que si se hiziesse qualquiera dellos lo pudiesse tomar por el tanto, sin dar por cada tercia parte mas de sesenta mil marauedis, aunque se vendiesse en mucha mas cantidad, y si se arrendasse lo pudiessen tomar sin dar precio alguno. Y que auiendo enagenado su padre de la parte contraria solo podian pedir el tanto, y retracto los otros sus hermanos con quien se hizo el contrato, y en cu-

yo

yo fauor se puso la condicion, y esto dentro de el termino legal, y no despues de cincuenta años q̃ se han passado, en que està prescrito qualquiera derecho que la parte contraria pueda pretender. Y que el dicho molino al tiempo que estas partes lo compraró estaua destruydo, de manera que fue necessario hazer en el muchas labores, como fueron la torre y viga que se hizo de nueuo, y otras labores, con que oy está mejorado el dicho molino en mas de seyscientos ducados. Y los oliuares al tiempo y quando se compraron eran estacones. Y las viñas parrones, de manera que fue menester sacarlos de rayz para que los oliuos pudiessen crecer y cultiuarse: de manera que con los beneficios que se han hecho, y con el valor que el tiempo les ha dado, tienen oy de mejora mas de quinientos ducados, los quales, caso que se ayan de restituyr, se les han de pagar a mis partes como a posseedores de buena fee. Con esto y otras alegaciones, la causa se recibio a prueua, y hechas prouanças por ambas partes, el actor ligitimò su persona, y la parte de los reos presentaron la executoria de el pleyto sobre la hipotecaria. Y concluso, la sentencia del ordinario fue, condenar al dicho Iuan de Ostos Ramos, y demas consortes, a la restitucion del molino, caserias, bodegas y pertrechos, y las nueue arançadas de viña y oliuares, con los frutos, a respeto de cada arançada con parte molino, a quatro ducados cada año, con que primero el dicho Marcos de Carmona pague a estas partes trecientas y setenta mil marauedis, con mas los interes a razon de veynte mil el millar.

7 ¶ Desta sentencia se apelò para esta Corte, a donde las partes dixeron de su justicia, casi lo mismo que se alegò ante el inferior. Y estas partes que defiendo insistieron en las mejoras; y recibido de nueuo la causa a prueua, hizieron prouança con mucho numero de testigos, que concluyẽ los mejoramientos, y mas valor que tiene el molino y tierras: y aunque la parte contraria intentò prouar

uar que todo estaua deteriorado, y que no se auian hecho mejoramientos algunos la sentencia de vista fue confirmar la del ordinario, con que demas a mas el dicho marcos de Carmona pague por razon de los mejoramientos, trecientos ducados.

Suplicaron las partes desta sentencia, insistiendo en las mismas pretensiones, y aunque estas partes se ofrecieron a prouar, se reseruò para difinitiua. Y de los mismos autos está visto.

8 ¶ His sic in facto prehabitis, la pretẽsion destas partes es, que aqui no ay fideicomisso, y que si le ay es condicionado, y no absoluto, porque en el está permitida la enagenaciõ, y asi que la que se hizo fue valida, y se ha de obseruar. Y quando aya lugar el fideicomisso como a posseedores de buena fee, y con justo titulo hizieron los frutos suyos, y se les deuen pagar las mejoras que tienen hechas, por las quales tienen derecho de retencion.

9 ¶ La justificacion de esta pretension reduzire a dos Articulos. ¶ En el primero prouarè, que la clausula dela escritura de que la parte contraria se vale, no contiene fideicomisso, sino solo vn derecho de retracto, con q̃ no quedó absolutamente prohibida la enagenacion, antes permitida, y que este derecho està prescrito con el transcurso de tiempo de cincuenta y dos años.

10 ¶ En el segundo, que son posseedores de buena fee, y con justo titulo, y que como tales han hecho los frutos suyos. Y que las mejoras estàn prouadas, y se las deuen pagar enteramente, y que por ellas tienen derecho de retencion.

PRIMVS ARTICVLVS

11 ¶ El primer passo en las interpretacio nes

de qualquier clausula dudosa, es, ponderar el prohemio, la prefacion de la disposicion, porque es por donde se conoce la causa final della, y la que descubre la intencion del disponente, sic communiter DD. in l. fin. de hæredib. instituend. l. 1. ff. ad Macedonianum, l. cum ij, in princip. & ibi Bart. ff. de transact. Alexand. consil. 160. num. 9. lib. 6. & consil. 7. num. 3. lib. 2. Domin. Molin. de Hispanor. primogen. lib. 1. cap. 5. à num. 1. cum sequent. cum alijs quam plurimis larga manu congestis à Barbos. axiomate 192. vbi quód prooemium declarat decisionem, & animum proferentis. Y asi aun en las mismas leyes los animos de los legisladores se coligen, se declaran, se amplian y limitan ex præfat. & prooemio, vnde dixit Ias. in l. qui quadraginta, column. 2. ff. ad Trebell. quód sicut corpus ab anima ita dispositio à prooemiali ratione regulatur. Siendo pues esto asi, veamos en la clausula que vamos interpretando, qual es la prefacion, qual el proemio. Entra diziendo la disposicion de Benito Sanchez de Orejuela, quando trataua de darles sus legitimas a los hijos, o por mejor dezir, entran los hijos y el padre diziendo, pues fueron todos los que hizieron la disposicion. Despues de auer en la escritura señalado algunos bienes, y apreciadolos para los hijos, *Y entre los dichos Bartolome Sãchez de Orejuela, y sus dos hijos, se pone por condiciõ por ser cosa en comunion.* No por ser de fideicomisso, de vinculo, ni de mayorazgo, sino por ser de comunion. Palabras con que parece que claramente se denota la causa final, porque siempre la diccion *quia*, ponitur causatiué, nam reddit causam, & rationem de præcedentibus, notarunt DD. in l. hæc actio, ff. de calumniator. l, si is qui animo, ff. de acquirend. posses. cap. quia propter, de rescript. & in cap. quia frustra de sentent. excom. & in cap. quia periculosum de electio. lib. 6. notant Bart. in l. demonstratio,

quia ponitur causatiue

etio, in §. quod autem, num. 6. & sequenti. vbi Socin. num. 3. ff. de conditionib. & demonstration. Azcued. in l. 1. num. 1. titul. 1 & in l. 1. nume. 221. titul. 2. lib. 6. noue compilat. Cardin. Tusch. practicar. conclus. tom. 2. lit. D conclus. 352 num. 1. & quod dictio *quia*, exprimat causam finalem, & impulsiuam, tradit Grammatic. decis. 59. num. 3. & Cardin. Mantic. de tacit. & ambi. conuen. tom. 1. lib. 3. titu. 22. num. 33. & apud grammaticos, & bonos latinæ linguæ auctores hæc dictio *quia*, causam & redit, & respondit plerumque, vt videre est apud Cic. de senec. ad Aticum, lib. 10. epist. 15. & alijsque in locis. Y assi parece que esta disposicion regulada por el prohemio y por la prefacion, y por la diccion *quia*, induze causa final y impulsiua, que esso es *por ser cosa encomunion*. Idest quia est res in cōmunitate, vel quoniam est in communione. Idē enim est dictio, quia & dictio quoniam, idemque important Cicer. lib. 4. Epist. 5. ibi: *Tamen ei moriendum fuit quoniam homo natus erat*. Idem 3. Tuscu lan. *Qui fortis est idem est fidens quoniam confidens, mala consuetudine inuitio ponitur*. Ex nostris notatur in l. mulieris, §. res ab esse, ff. de verbor. significat. Y denota y demuestra intencion en los contrayētes de hazer, no fideicomisso, sino vna comunidad y compañia en el molino, pertrechos del, viñas, y oliuares.

12 ¶ Allegase a esto la repeticion y geminaciō de las palabras inductiuas de compañia y comunion, assi antes que llegaran a esta clausula como en ella misma, y despues della, porque al tiempo del entregarle a Benito Sanchez de Orejuela su tercio de molino apreciado en cien mil marauedis, dize. *La tercia parte del molino, caseria, vodega, viga, y pertrechos en comunion con las otras dos tercias partes, q̄ quedan, la vna para nosotros, y la otra para vuestro hermano nuestro hijo, &c.* Despues en la clausula que dá ocasion a este pleyto. *Se pone por condicion, por ser cosa en comunion.* Y lueg. *Para seruir a toda la compañia.* Y finalmente. *Y con la dicha condicion, y compañia,*

pañia y vnion. las quales repeticiones y geminacio nes demuestran deliberacion, & enixam volunta tem, potius, de hazer vna compañia y comunion que no de induzir fideicommisso, que esso obra la fuerça de la geminacion ad textum sæpé repetitũ, in l. balista, ff. ad Trebellia. Bart. in l. cum scimus, num. 7. C. de Agricol. & censit. lib. 11. cum alijs à Barbos. relatis, axiomate 105. à num. 1. quod quidem magis procedit quando geminatio fit ex interualo, vt in nostro casu, ad tradita per Menoch. consil. 393. tom. 4. num. 17.

13 ¶ Y es muy digno de ponderar que esta disposicion se hizo en contrato, no en vltima volun tad, y que vno de los comprehendidos en ella, fue ron los padres, como a quien les quedaua vn tercio de molino y tierras, en que parece que no auiã de hazer fideicomisso para ellos; porque estas disposiciones fideicomissarias miran siempre a la po steridad, y a la conseruacion de los bienes en los venideros, no en los disponentes, y son de natura leza mas de vltima voluntad que de cõtratos y en las vltimas disposiciones se hallaron, y tienen su naturaleza, nam fideicommissorum institutio au ctore Cæsare Augusto ex causa testati originem sumpsit, instit, de fideicommiss. hæred. in princ. Bien que no ignoro que tambien en contratos se suele poner la prohibicion de enagenacion, y té drà los efetos de fideicomisso, vt probat Bart in l. cui Romæ, §. cohæredes, ff. de verbor. obligat. cũ aliis relatis à Vicent. Fusar. de fideicom. questio. 688. num. 2. Peregrino eodem tract. articul. 51. á num. 1. vbi num. 2. refert Decian. in consil. 31. nu. 62. lib. 1. Octauian. in decis. Pedemont. 85. num. 6. Sforcia Odda, confi. 39. num. 13. Pero lo pondero, porque junto con las palabras geminadas de comunion, y lo repetido en los numeros antecedentes, parece que es impossible que en los con trayentes vuiesse voluntad de hazer fideicomisso.

14 ¶ Dirà a todo lo referido la parte contraria, que podria proceder si la disposicion no tuuiera

pala-

palabras de prohibicion de enagenacion y llamamientos perpetuos en los descendientes, ibi *Que ninguno dellos aora ni en ningun tiempo, ni la persona, ni personas que sucedieren en el dicho molino, cosrias y pertrechos, no puedan vender su tercio, ni parte del a ninguna persona.* Et inferius, ibi: *De manera que siempre esté el dicho molino en los susodichos, o en los que de ellos descendieren, sin poderlo enagenar por venta ni por arrẽdamiento en otro ningun tercero.* Palabras que parece denotan y induzen fideicomisso perpetuo inter illos de familia, ad text. in l. vnum ex familia, §. sed & si fundum, versic. Quod si talia, ibi: *Ne fundus de familia exeat.* ff. de legat. 2. l. pater filium, §. quindecim, de legat. 3. l. voluntas, C. de fideicommis. ibi; *Fundos extra familiam vendere*, l. peto, §. fratre, ff. de legat. 2. ibi: *Ne domus alienaretur, sed in familia relinqueretur.* l. pater filium, ff. ad leg. falcid. ibi: *Ne fundum alienaret, & vt in familia eum relinqueret.* Por ser prohibicion vestita á causa, & persona, y no simple, y sin causa alguna, ad tex. in l. filius fa. §. diui, vbi Bartul. in princip. Florianus, num. 2. 3. & 8. Bald. in l. notabili, & communiter scribentes ad hunc text. ff. de legat. 1. Vicent. Fusar. qui plures congerit de fideicommis. quæst. 685. vbi hanc legem optime per ampliationes, declarationes, & limitationes explicat. Con que passa de contrato de comunió y compañia a fideicomisso perpetuo para los descendientes, y que como tal le pertenece como a nieto, hijo de los disponentes.

15 ¶ Pero a todo este discurso se responde. Lo primero, que todos los llamamientos contenidos en la palabra *Ni la persona ni personas que sucedieren* y en la palabra, *O en los que dellos descendieren*, que son las dos clausulas solas que en razon de llamamientos contiene la disposicion de Bartolome Sãchez de Orejuela y sus hijos, solo miran al contrato que hizieron de comunion, y a poder ellos y sus descendientes y sucessores, sacar y retraer el molino, y lo demas contenido en la prohibicion, por sólos los sesenta mil marauedis pagados dentro de vn

vn año; pero no a induzir fideicomisso perpetuo en la familia, y esso es lo que denota aquella penal en aquellas palabras. *So pena que si alguno de ellos lo vendiere, qualquier de los dichos lo pueda tomar para si, dando solos sesenta mil marauedis, aunque se venda en mas cantidad.* A donde noto la palabra, *Qualquiera de los otros.* Que se ha de entender no solo de los cõtrayentes, sino tambien de sus successores, porque auiendo dicho antes, *Que ellos ni la persona, o personas que sucedierẽ los puedan enagenar.* Aquel relatiuo puesto despues, *Qualquiera de los otros.* Hizo relacion no solo de los disponentes, sino tambien de sus successores ya nombrados, de manera que sea el sentido; que este molino y lo demas, ninguno de los contrayentes ni successores, lo puedan vender ni enagenar; y si qualquiera dellos lo hiziere qualquiera de los contrayentes y sus successores lo puedan tomar por los sesenta mil marauedis; y assi en los vnos y enlos otros no quedò fideicomisso sino solo el derecho del retrato; hoc est, enlos cõtrayentes y descendientes.

16 ¶ Y si se me replicare que este derecho de retracato se lo tenian los contrayentes y sus descendientes, ya por el derecho de compañia, y comunion, ex l. 55. titu. 5. part. 5. l. 75. Taur. hodie l. 14 titul. 11. lib. 5. nouæ recop. Ya por la consanguinidad y parentesco, ex l. 13. titul. 10. lib. 3. fori. l. 6. titul. 7. lib. 5. ordinam. hodie l. 7. titu. 11. lib. 5. nouæ recopil. Y que fuera superflua y ociosa la disposicion, siendo assi que en los contratos, no solamẽte las clausulas, sino las palabras por minimas que sean, han de obrar, y no estar ociosas, ad illud Baldi in rubr. de contrahend. emptio. num. 16. q. 9 ibi; *Nono quæro num quid omnes clausulæ quas ponimus in contractu aliquid operentur? Respondeo, nedum clausulæ, sed etiam minimum verbum non debet esse sine virtute aliqua operandi.* Quem locum ex tollit Tiraquell. de retract. conuent. §. 1. gloss. 2. num. 24. Respondere. Lo vno, que no es nueuo que las disposiciones sean conformes a lo dispuesto por el derecho

recho, antes deuen ser en essa conformidad, ad illud vulgatum, & repetitum in §. disponat, in authent. de nuptijs. *Disponat testator, & erit lex eius voluntas, si disposuerit secundum leges.* Et quod ex pluribus tradit Cardin. Mantic. de coniectur. vltim. volunt. lib. 6. titu. 6. a num. 1. Lo otro, que no pudo ser ociosa esta disposicion supuesto que enqualquiera retracto el retraente à de dar toda la cantidad en que la cosa se vendiere enteramente, y esto en la conformidad que se vendiere si fuere presente la paga luego sin dilacion, y si a plazos enlos plazos del contrato, vt in dictis legibus, y aqui tiene de priuilegio y contra la naturaleza de los retractos, que aunque se venda el molino en mas que en sesenta mil marauedis cada tercio, no den mas cãtidad, y lo mismo en la viña y oliuar, y esto no luego, sino dentro de vn año. Luego no està ociosa la condicion del retracto, pues tiene mas de lo que podia tener por derecho comun.

17 ❡ Siendo pues assi que en esta disposicion y contrato que hizieron Benito Sanchez de Orejuela y sus hijos, solo ay vn derecho de retracto para ellos y sus descendientes: quien puede dudar que oy este derecho està prescripto, de manera que Marcos de Carmona, parte contraria, no puede valerse del, aunque enteramente ofrezca el precio contenido en el contrato. Lo vno, porque esta fuera de los nueue dias de la ley, que es termino precisso para el retracto, y assi para el que puede auer como pariente, ex iuribus allegatis supra, num. como el que puede auer virtute communionis, porque en quanto al tiempo, y todas las demas solenidades, ambos retractos los igualó la ley del Reyno que es la 75. de Toro, hodie l. 14. titul. 11. lib. 5. nouæ recopilat. ibi: *Si alguno vendiere la parte de alguna heredad que tiene comun con otro.* Et inferius. *Sea obligado el que la quisiere sacar a consignar el precio en el tiẽpo y termino, y con las diligencias, y solenidades, y de la manera q̃ la pudier sacar a el pariẽte mas propinqu o quando fuera de su patrimonio y abolengo.* Y en esta disposicion

cion

cion, aunque ay termino puesto por los contrayẽtes para entregar el precio delo que se vendiere, no le ay prefinido para el retracto, y assi quedò en terminos del derecho comun, y regulandose por el dentro de los nueue dias, precissamente auia de ofrecer la cantidad enque las possessiones se vendieron, o los sesenta mil marauedis por cada tercio de Molino, conforme al preuilegio que le dá la disposicion.

18 ¶ Lo otro, porque aunque se quiera valer de que estuuo impedido para hazer este retrato, por auer estado en la patria potestad, y auer sido menor, esto en materia de retractos, no le puede aprouechar cosa alguna, porque los nueue dias corren contra los menores, quier sean de edad pupilar, o adulta, y se les niega la restitucion expressa, text. decisione in l. 8. titul. 11. lib. 5. nouæ recopil. dum inquit; *Por ende, decluramos é ordenamos, que los nueue dias cõtenidos en la dicha ley del fuero, para que el mas propinquo saque la heredad vendida que fue de su patrimonio, o abolengo, corran contra los manores de veynte y cinco años, quier sean en edad pupilar, o adulta.* Y luego mas abajo dize negandoles la restitucion. *Y que aya lugar contra ellos esta prescripcion de las dichos nueue dias, y que no le sea otorgado sobre esto restitucion, ni recision del tiempo, saluo que a la letra se guarde la dicha ley del fuero contra los vnos y los otros.* A donde aduierte Azebedo in dict. l. nume. 12. que estan puestas con cautela aquellas palabras. *No le sea otorgada sobre esto restitucion.* Y aquellas; *No se puedan ayudar de su menor edad.* Para excluyr totalmente la restitucion que alias la tuuieran, aunque la dicha ley dispusiera que el tiempo delos nueue dias corriesse contra los menores. Luego por esta parte excluydo està Marcos de Carmona, de poder retraer el molino, y tierras que oy pretende.

19 ¶ Y quando no estuuieramos en terminos tan apretados, sino que este retracto vuiera de correr sin la prohibicion de las dichas leyes, y que la clausula de la escritura tuuiera palabras que denotaran

 106

taran perpetuydad, videlicèt, *Quód semper & quādocumque posset retrahere*: aut dictum fuisset simpliciter, *Sine vlla præfinitione*, posit retrahere. Adhuc, en estos terminos auia de correr alguna prescripcion, ex eo quod traddit Bald. in l. vsuræ, per glo. ibi, C. de vsuris quòd tempus absolutè positum intelligitur de anno, & implurali numero de bienio, & dimidium temporis pro sex mensibus, ò por lo menos de diez años, ad text. in l. sine præfinito tempore, ff. de pænis, o en lo mas riguroso de treynta años, ad traddita per Tiraquel. de retractu conuentionali, §. 1. gloss. 2. per totam, videndus Petr. Barbos. de præscriptionib. triginta, vel quadraginta annorum in explicat. ad l. cum notissimi, num. 83. & 84. vbi tenet, quod si quis emat rem cum pacto redimendi, vt scilicet præcio reddito illam restituet primò venditori ad l. 2. C. de pactis interempt. & vend. Huic pacto præscribetur spatio triginta annorum, & quam plures idem tenentes allegat. Y qualquiera destas prescripciones sin duda le obsta al dicho Marcos de Carmona, pues ha mas de cincuenta y dos años que mis partes y sus antecessores posseé el molino, y lo demas sobre q̄ es este pleyto, a vista del susodicho que tiene mas de sesenta años de edad, en que caben mui bien los treynta años bastantes a la prescripcion, y aunque se pidiera la quadragenaria con titulo q̄ equiuale a la prescripcion inmemorial, vt preter alios tenet Couarr. in regul. possessor, 2 part. §. 4. num. 5. de regul. iur. in 6. & lib. 1. variar. cap. 17. num. 7. & 8. Auendañ. de exequend. mand. cap. 4 num. 2. Burgos de Paz, consi. 33. num. 26. Masc. de probationib. conclus 214. num. 6. & 7. plures suo more refferens nouissime D. Ioann. del Castillo, lib. 7. de tertijs, cap. 34. num. 2. cum sequentibus. Y asi está excluydo por todos caminos de qualquiera derecho de retracto, mediāte està impedido cō la prescripcion omnimoda.

20 ¶ Lo segundo respondo, q̄ quando sin perjuyzio de la verdad, le concedieramos y confessaramos

ramos

ramos a la parte contraria que las palabras contenidas en la disposicion que hizieron Bartolome Sanchez de Orejuela, y sus hijos fueran bastantes a induzir fideicomisso, supuesto que en el se permitio la enagenacion, saltem inter ipsos contrahentes, & eorum descendentes. Esta permission es bastante a que el fideicomisso no sea absoluto sino condicionado, y siendolo vna vez enagenados los bienes, vale esta enagenacion como cosa que no prohibieron absolutamente los contrayentes. Mejor me daré a entender, y tendra luz este discurso si pongo a la letra las palabras de Baldo que me ocasionaron a entender assi esta clausula que voy interpretando, son en el consejo 85. volumin. 5. a donde pone vn caso semejante al nuestro, y dize. *Præmissis verbis testamenti, &c. dicentis. Item prohibuit & vetuit imperpetuum fieri venditionem, alienationem &c. Domorum suarum, &c. Et hæc ideo voluit prædictus Andræas testator ipsas domos in filios hæredes suos, & in posteros liberos, & eiusdem hæredes descendentes imperpetuum deuenire, &c. Veruntamen si quis prædictorum suorum hæredum partem suam ipsarum domorum quæ ei aduenerit, seu contingerit, vendere voluerit, vel a se quoquo modo alienare, tunc sit ei licitum vendere, & dare partem sibi contingentem dictis omnibus fratribus suis pro precio septem. Librarum den. cor. minutorum, & ipsi eam partem quæ contingerit volendo vendere, & emere teneantur, & supradictum pretium septem librarum firmiter ei dare. Proponitur quod quædam sunt vendita quædam diuisa, quædam relicta integra, quædam mixta. Et quæritur nun quid emptor permutator, vel legatarius ob venta sibi vendere permutare, vel legare possit, libere ali: & videtur quod non quia dicta bona habent perpetuam causam prohibitionis. Item nomine descendentium continentur omnes in infinitum, vt ff. de in ius vocando, l. sed hac lege, §. liberos, & istud est verum, & ita alias consului. Sed tamen in contrarium videtur nam venditio hic facta fuit iuditio testatoris, vnde emptor potest alienare libere in quemcumque vellit, vt ff. de legat. 3. l. pater, §. quin decim. Et est ratio quia verba prohibitoria defi-*

deficiunt, & quia ratio iuris etiam per punctum rationis hoc manifeste declarat. Nam ex quo testator permittit vendi intelligitur permittere libere vendi, & libere tradi: Nam hoc est secundum naturam contractus emptionis, & venditionis ex quo eius obligatio est ad libere tradendum vt notatur, C. de contrahend. emptione, l. ex prædictis vnde non mirum si emptor rem quam emit in licio testatoris, ex natura etiam contractus libere eam potest alienare in quemcumque, vt C. de contrahend. empt. l. dudum. Ista ratio est subtilis, & potest assignari inter alias rationes, in dict. §. quindecim, & hæc est veritas, quo ad ipsa empta, &c No se yo que se pueda hallar lugar mas ajustado alos terminos deste pleyto en que escriuo, y esta dotrina de Baldo no fue singular porque la siguieron otros muchos Dotores, como son Tiraquello de retract. lignag §. 32. gloss. 1. num. 5 Peregrin. consil. 23. num. 24. lib. 3. & consil. 38. n. 4. ad med. eodem lib. Simon de Prætis de interpretation. vltim. volunt. lib. 3. dubitat. 6. solut. 5. pagin. mihi 276. a donde tratando de la extinció del fideicomisso, dize. *Exsingui aut remitti facto testatoris, vel fideicommissarij, vel temporis cursu.* Y explicando como se extingue facto testatoris, dize en el numero 2. *Primo testatoris facto, vel prouisione non durare, sed finitum fideicommissum apparet quando post illud constitutum inter plures fideicommissarios cum prohibitione expressa alienandi ratione assignata; quia vult perpetuò inter eos illud remanere concessit testator: quòd si tamen aliquis ex eis voluerit vendere suam partem rei fideicommisso subiectæ possit, & debeat eam vendere alij fideicommissario cui voluerit, tunc sequuta conditione iuxta licentiam, & permissionem concessam á testatore, iuditio eius dicitur amplius non durare fideicõmissum in re empta, quia emptor poterit ad libitum de ea post modum disponere, & alienare cui voluerit.* Y trae el mismo texto en la l. pater filium, §. quin decem, ff. de legat. 3. Asimismo la siguio Tiberio Deciano, responso 27. lib. 3. Ruino consil. 114. lib. 2. Christophor. Torniel. in consil. 102. dubio 2. vbi dicit. *Stare posse fideicommissum, & licentiam alienandi quia fi-*

dei-

deicommissum locum habebit non facta alienatione. Cō otros muchos que estos dotores refieren. Luego bien digo yo, que aūque aya fideicomisso, si adest licentia alienandi saltem inter aliquas personas, esto es bastāte para que vna vez enagenados los bienes aya cessado el fideicomisso, & bona facta sint perpetuo alienabilia, como en nuestro caso, adōde fue permitida la enagenacion con pena del retracto, y assi no fue absoluto el fideicomisso, como en el caso del consejo 27. de Tiberio Deciano, ya referido, a donde fue la clausula en esta conformidad: *Item voluit iussit, & mandauit quod casu, quo dicti sui filij, & hæredes, seu descendentes ex eis, vel aliquo eorum, vellent aliquid de stabili hæreditatis ipsius testatoris vendere, vel alienare, seu permutare, teneantur & obligati sunt prius interpellare, & notificare alijs, vt supra hæredibus, institutis, & descendentibus si emere, seu acquirere voluerint, & ipso seu ipsis volentibus emere, teneantur vendere volens vendere eodem prætio, & valore, quo vendere voluerit.*

21 ¶ Aesto se allega la conclusion general quod res prohibita alienari semel alienata perpetuo alienari potest. La qual sacan los Dotores ex sæpé repetita, l. pater, §. quindecim, de legat. 3. l. cætera, §. vltim. de legat. 1. & l. 1. §. res vero, C. de imponen. lucrat. descrip. lib. 10. l. vltim. C. de remiss. pign. Menoch. de arbitrar. quęst. 54. num. 24. lib. 1. Ioann. Francisc. Leo. in thesaur. for. Eccles. par. 1. cap. 15. num. 3. Cald. Pereir. de renouat. emph. quæst. 11. num. 30. Zeuall. commun. contra com. quæst. 897. Sigismund. Scaccia de appellat. quæst. 17. limitat. 47. membro 1. num. 111. Gonçalez ad regul. 8. Cancellariæ, gloss. 6. num. 194.

22 ¶ Y aunque parece cosa dura, que siendo fideicomisso, los bienes del sean de tal manera enagenables, que vna vez enagenados queden perpetuo alienabiles, no lo es, porque licet lex in fideicommissis prohibeat alienationem tametsi à testatore nō sit prohibita, iuxta l. Marcellus, §. res quę ff. ad Trebell. cum concordantibus. Attamen testato-

tator qui fideicommissum fecit potest, & expresse & tacite permittere alienationem de bonis subiectis fideicommisso, quia poterat etiam, & fideicommissum non relinquere, argum. legis si functu per fideicommissum, §. fin. de legat. 1. cum notatis à Bartol. & alijs, in l. 1. §. fin. de vulgar. & pupillar. & in specie tradit Socin consil. 114. in princip. Præcipuè, quia nihil magis hominibus debetur quam vt supremæ voluntatis liber sit stylus, & licitum, quod iterum non redd[it] arbitrium, l. 1. C. de Sacrosanct. Eccles. Y lo que consideró ad alium propositum Bald. in procem. Codicis, colum. penult. versi. Iuxta hoc queritur quod vnusquisque bona sua potest in mare proijcere. Y assi a esta objecion fere ijsdem verbis, respondio Tiberio Deciano in dict. consil. 27. num 10. el qual assimismo responde a otra objecion que se podra hazer videlicet, que estas enagenaciones contienen fraude porque se pueden hazer ad stringendum fideicommissum, diziendo, que lo primero se niega el tal animo de defraudar; y lo segundo, que aunque lo vuiera valiera la enagenacion, porque no es el enagenante quien subierte la voluntad, si no el testador que lo concedio, sic ille dict. consil. num. 43. ibi: *Præterea dico, quod imó contrarium est verius, quòd scilicèt præmissa alienatione per testatorem, potest grauatus etiam in fraudem alienare, idest animo subertendi fideicommissum, quia ipse non subertit, sed testator qui concessit, &c.* Y lo mismo parece que sintio Menoch. (escriuiendo en el mismo caso, y por las mismas partes que Tiberio Deciano en el consejo referido) consil. 327. num 107. vbi ex Ruino inquit *Et hæc expressa permissio à testatore concessa, dicitur declaratiua, & limitatiua, illius fideicommissi, quod inductum est ex substitutione fideicommissaria, &c.*

23 ¶ Y es de aduertir que las dotrinas referidas corren en casos muy apretados, y en fideicomissos que tienen llamamientos expressos de descendientes, con palabras de perpetuidad, y voluntad expressa, de que las cosas prohibidas se conseruen en la fa-

la familia, vt videre est, en todas las clausulas de los consejos que he alegado, y con todo en ellos ay la resolucion referida. Pues con quanta mayor razon correran en nuestro caso, a donde vt supra prouaui, no ay palabras inductiuas de fideicomisso, ni voluntad expressa, de que bona conseruentur in famila. Es cierto y sin duda, que si vieran la clausula qualbuiera delos Dotores referidos decidieran el caso muy facilmente en fauor desta parte.

24 ¶ Y quando estuuieramos en caso de duda, si ay, o no fideicomisso, se ha de pronunciar no auerle, vt scribunt Deci. consil. 336. in fin. Alciat. consil. 44. num. 57. lib. 9. Honded consil. 60. nu. 13. volum. 1. Menoch. consil. 85. num. 50. lib. 1. vbi sic refert respondisse Crabetam consi. 180. ex auctoritate Rotte Romane Ioann. Anton. Bellon. consil. 26. num. 54. cum alijs quam plurimis, & ex eo etiam quod pro eo indubio pronuntiandũ est, l. Arrianus, ff. de actio. & obligatio. l. qui accusare, C. de edendo, vlterius in dubio pro possessore pronuntiandum est, §. commodum, instirut. de interdict. Vltimo etiam in dubio bona esse libera non obligatione supposita iudicandum est, l. altius, C. de seruitutib. recenset, hæc omnia ægregiæ Alciat. respons. 483. in fin. Y esto deue proceder mas bien en nuestro caso, por auer mas de cincuenta y dos años que los bienes que oy pretende Marcos de Carmona, se posseen por bienes libres a vista del susodicho, el qual como tales los pidio enel pleyto que tuuo con estas partes sobre los bienes dotales de su madre, en que fue condenado, y mis partes absueltas, como consta de la executoria que està presentada en estos autos, y assi agora no deue ser oydo, por alegar cosas contrarias, ad text. in l. titie, ff. de conditionib. & demonstratio. l. 1. C. de furtis, l. transactione, C. de transactio. cap. imputari de fide instrument. Cabedo decis. Lusitan. 34. num. 9 p. 1. cum alijs iuribus, & auctoribus á Barbos. relatis, axiomate 58. num. 6.

II. ARTICVLVS.

25 ¶ Para entrar en este segundo Articulo, y
aueriguar en el que estas partes son posseedores de
buena fee, y que tienen titulo justo, y que como
tales han hecho los frutos suyos, y se les deuen pa-
gar enteramente los mejoramientos que han he-
cho en el molino, viñas y oliuares, se deue supo-
ner.

26 ¶ Lo primero, que si la disposicion de Bar-
tolome Sanchez de Orejuela y sus hijos, no contie
ne fideicomisso, sino solo vn derecho de retracto,
en ellos y sus descendientes, como es cierto, y lo
probè en el Articulo antecedente, no tiene gene-
ro de duda, ni admite disputa, que la venta y ena
genacion fue valida, y siendolo se transfirio el do-
minio en mis partes, y como verdaderos señores,
y posseedores de buena fee, han hecho los frutos
suyos, y se les deuen pagar las mejoras conforme
lo tienen prouado ex iuribus, & doctoribus pos-
tea referendis.

27 ¶ Lo segundo, que confessando (sin perjuy
zio de la verdad) que la dicha disposicion conten
ga fideicomisso, tambien en este caso la venta y e-
nagenacion fue valida, y transfirio el dominio en
estas partes, porque quando el fideicomisso es pe-
nal como este (si es fideicomisso) vt colligitur ex
illis verbis iam repetitis supra, ibi: *So pena que si al
guno dellos.* La enagenacion es valida, y se transfie
re el dominio, y tanto mas quando no se aplica la
misma cosa por pena al siguiente en grado, sino al
guna cantidad, o otra cosa, sicut in nostro casu, q̃
la pena fue que el otro lo pudiesse tomar por el tã-
to, sic docet, & explicat Vincenc. Fusar. de substi-
tut. quæst. 687. num. 2. ibi: *Secundus casus est, quã-
do non ipsa res prohibita alienari applicatur alteri, sed
solum applicatur altera res, puta pecunia: & tunc probi
tio non remanebit ex hoc vestita, ita vt alienatio fieri nõ*

possit, cum hoc casu teneat alienatio, & dominium trãsferatur, Bald. in l. 1. num. 48. C. de his quæ pœnæ nomine Cumanus, in dict. §. diui, colum. 2. & ibi Iason, in 2. lec. num. 63. versic. Secundo limita. Y refirendo otros muchos Dotores, dà la razon mas abajo diziendo. *Et ratio est quia soluta pœna remanet fauor prohibiti cui ipse soluendo pœnam renuntiare potest. l. pacto quo pœnam, C. de pactis.*

28 ¶ Supuestos estos dos principios, y que en ambos valio y tuuo la enagenacion, y que estas partes posseen el molino y lo demas deste pleyto, titul. emptionis, bien claro està que son posseedores de buena fee, y que como tales han hecho los frutos suyos, ad text. in l. bonæ fidei 48. ff. de adquirend. rerum domin. l. si vsusfructuarius, fin. ff. quibus modis vsusfructus amittatur cum alijs, quam plurimis iuribus, & Doctoribus accurate cõgestis à Dom. Anton. Pichar. Magistro meo, in §. & si in rem, cum. §. sequenti, instit. de offitio iud. a num. 1. cum. sequentibus, & à Ioann. Garc. de expensis, cap. 23. domino Ioan. del Castillo, lib. 1. de vsufruct. cap. 36.

29 ¶ Menos duda tiene que se le ayan de pagar a estas partes los mejoramientos que tiene hechos en el molino, viñas y oliuares, que tienen prouado ser en mas cãtidad de mil ducados, con mucho numero de testigos que deponen de vista, de verlos hazer de cierta ciencia, porque muchos dellos como alarifes y albañiles, los hizieron, y todos q̃ saben que oy el dicho molino y tierras tienen esta cantidad de mejora: prouança bien concluyente, y que nos quita el trabajo de disputar la question de Antonio Peregrino, in tractat. de fideicommis. artic. 50. à num. 72. Vtrum melioramenta debeãt estimari secundum id quod est impensum, an vero secundum eorum valorem tempore restitutionis; porque los testigos dizen que se gastò la cãtidad, y q̃ oy la tiene de mas valor el molino. Y asi sin diminucion alguna deue Marcos de Carmona restituyr

tuyr ante todas cosas el valor destos mejoramientos, que son los mil ducados que estan prouados.

30 ¶ A esta concluyente prouança con tantos testigos, cuya fee es inconcusa, y no padece tacha alguna, no pueden obstar dos medios con que la parte contraria la quiere elidir. El vno, diziendo y intentando prouar, que los oliuares estan destruydos, y que se han cortado muchos pies dellos Y el otro, que el molino no tiene los mejoramientos que mi parte prueua, y que antes está assimismo deteriorado, y tiene menos valor, por auer mis partes labrado otro molino cerca del, con que le ha quitado, o por lo menos minorado los aprouechamientos. Porque a todo esto se responde. Lo primero, que en quanto quiere rduzillo a prouança, la que ha hecho no puede competir con la destas partes, porque la suya viene a ser vna prouança negatiua, y la destas partes afirmatiua, con testigos de vista y conocimiento, y que hizieron las mismas labores. Y no se yo como se compadece hazer pregunta para en quanto a los frutos que el oliuar ha rentado y podido rẽtar mucha cantidad de azeyte, y estar el oliuar destruydo; alegaciones tan contrarias como dellas mismas se vè. Lo segũdo, que siendo como son los mejoramientos existentes, y las labores conocidas, no puede obstar el auer labrado el otro molino para pedir estas mejoras, que no dexan de existir por esto. Y lo que la labor del primero molino pudiera obrar, era vna nueua accion para pedir que se quitasse por auerse labrado a emulacion, quitando los aprouechamiẽtos al molino antiguo, ad text. in l. 2. §. merito, ff. ne quid in loco publi. & ibi gloss. & communiter scribentes. Y aqui es impossible que aya emulaciõ pues al tiempo que se labró, el molino antiguo le estauan posseyendo estas partes con titulo y buena fee, y sin presuncion de que se le auia, ni podia mouer pleyto, y assi no podia auer emulacion de si mismo, ni razon para quererse quitar los aprouechamientos. A demas, que la opinion mas co-

rriente

rriente es, que cada vno en su suelo, y en su tierra libremente puede edificar, y lleuar los aprouecha mientos que a su molino vinieren, porque no se puede adquirir derecho en cosa que prouiene ab aliena voluntate del que la tiene libre para yr a moler a este, o a aquel molino. Todo este discurso lo comprehendio elegantemente Signorolo de Homodeis, en vn consejo que está inter Baldi consilia, volu. 1. consil. 71. a donde da el verdadero entendimiento al §. merito, de la l. 2. ff. ne quid in loco pablio, y le siguio Baldo escriuiendo sobre el mismo caso, consil. sequenti, que es el 72. del mismo libro. Y porque las palabras de Signorolo son en terminos deste caso, las pongo a la letra, quæ sic se habent num. 3. *Nec aliquis dicat quod commoditas molendini de Villafranca diminuitur si fiat ipsum molendinum ex quo diminuitur concursus personarum solentium ire ad macinandum ad dicta molendina de Villafrãca: & si dicent aliqui, quod saltim istius cõmodi, quod ob hoc per detur ipsum commune de Villafranca pati damnum, vt l. 2. §. merito, ff. ne quid in loc. pub. &c.* Et inferius. *Et quod prædicta non obstent ostenditur sic, lucri perditi non habetur ratio quia pendebat ex alterius arbitrio, vt l. inde, §. 1. cum ibi notatis, ff. ad leg. Aquil. sed ita est in proposito quia licét homines contratarum soliti essent ire ad molendina de Villafranca non propterea illa consuetudo à scribitur necessitati, vt l. solent, §. fin. ff. de offic. Prætor. & l. in lege, ff. de legib. & per hoc solum apparet, quod commune de Villafranca non potest conqueri. Præterea §. merito, loquitur quando commodum percipiebatur à publico: tamen in proposito licèt habere molendina in flumine publico, sit recipere commoditatẽ a publico; tamen attenta macinatura, quæ habetur ex bladis priuatarum personarum concurrentium ad macinandum magis dicitur dictum commodum recipi ab ipsis personis priuatis concurrentibus, qui concursus operando, dũ tamẽ non fiat opus animo malignãdi potest inhiberi, &c* Videndus Cardin. Tusch. concl. 304. littera M. Y la razon es, porque en los actos mere voluntarios no se induze prescripcion, vt per DD. in cap. significante,

ficante, de appellat. Crauet. consil. 124. colu. fin. Decio consil. 215. col. 2. in fi. & consi. 437. in fin. Y de aqui dixo Rolãdo á Valle ex doctrina plurimorum Doctorum, in consi. 53. vol. 3. nu. 31. quod si per centum annos, & vltra aliqu iuerint ad molendum in molendino alterius, vel ad coquendum in furno ex hoc cogi in futurum non posse, vt ibidé molant vel lo quant, porque de semejantes actos voluntarios no se adquiere possession, l. proculus ff. de damno infecto. Y asi supuesto que estas partes labraron el molino en suelo suyo sin emulació, porq̃ no la pudo auer, y q̃ quando la pudiera auer se les auia de prouar por el actor, ad tradita per Alexand. consi. 174. n. 5. lib. 2. Cardinal. Tusch. cõclus. 36. nu. 15. Y que el contrario no tiene derecho adquirido (aun en caso que posseyera) ni es posible tenerle, para que los que tienen oliuares fuessen a moler a su molino, no viene a importar la alegacion contraria, ni por ella se prueua que no aya mejoramientos.

31 ¶ Viendose la parte contraria conuencida con los fundamentos referidos, y estàq̃ condenado a pagar 370ꝟ. mrs por las partes delmolino y oliuar, quiere por si a caso la sentencia se cõfirmasse que lo dudo, ver si puede euadir la paga de 180ꝟ. marauedis, con vna nueua consideracion sin fundamento, diziendo, que aunque en el molino ay condicion que se pueda sacar por el sucessor dãdo 60ꝟ marauedis por cada tercio, esta condicion no la ay expressa en las nueue aran çadas y media de oliuar, a que parece tuuo respeto la sentencia.

32 ¶ A lo qual se responde facilmente con dos medios. El vno es, considerando que no es verisimil que quando Bartolome Sanchez de Orejuela y su muger, en la escritura estauan dãdo bienes a sus hijos para en cuenta de sus legitimas paterna y materna, apreciados de tal manera que le pusieron precio a cosas de muy poco valor, pues ay pieça que no le tiene de tres reales, les diesse vn oliuar de nueue arançadas y media de valde, y sin ponelle

lle

lle precio alguno, cosa es que ningun cuerdo la pō drà presumir.

33 ¶ A que se allega el segundo medio, que es dezir, que el precio que tuuo este oliuar, fue el mismo, y con las mismas condiciones que el que tuuo el molino, y esto está en la misma escritura expressamente, no por induccion, porque auiendo Bartolome Sauchez de Orejuela y su muger señalado los bienes apreciados que dauan a su hijo Benito Benito Sanchez a cuenta de sus legitimas, y puesto el tercio de molino en 100ꝟ. marauedis, y luepuesto la condicion del retracto por 60ꝟ. marauedis, en la clausula que ha ocasionado este pleyto, dize luego en otra consecutiua. *Y assimismo vos damos y entregamos con la dicha condicion de no poderlo vēder ni enagenar, segun y como lo tenemos puasto en el dicho molino y casas, y pertrechos, nueue arançadas y media de viñas y oliuares, que estan en vn pedazo, &c.* No se yo que cosa mas clara pueda auer de que estas viñas y oliuares se las dieron apreciadas a los hijos en 100ꝟ. marauedis cada tercio, assi por lo dicho de que los menos considerables bienes estan apreciados, como porque la palabra, *y assimismo*, latine, *ita*, con que comiença la clausula en que les dà las nueue arançadas, es repetitiua de lo antecedente, y denota similitud, ad l. quæsitum, §. peto, ff. de legat. 3. l. qui habebat, §. fin. eod. tit. l. libertas, §. hæc scriptura, ff. de manumis. testa. Stephan. Gratian. discep. 575. n. 34. cum alijs à Barbos. congestis tract. de dictio. dict. *ita* 179. Y haze mas fuerça con el relatiuo, *mismo*, junto con la diccion, *ita*, q̄ tambien obra relationem ad precedētia operatur que illorum repetitionem cum omnibus suis qualitatibus, vt videre est apud ipsum Barbos. dict. 177 Y mas claro lo demuestra aquella palabra, *Segun y como lo tenemos puesto en el dicho molino y casas y pertrechos.* Dictio enim *secundum*, est relatiua, & facit relationem eorum, quę supra dicta sunt, Card. Tusch. lit. D. concl. 70. num. 3. Azebed. in l. 1. tit. 1. lib. 6. nouæ recopil. num. 50. vbi dictionē *secun*

dum

dum, esse relatiua affirmat intelligendamque esse secundum relatum, & cum qualitatibus eius, & allegat Bartol. in l. si quis seruum, §. fin. n. 5. ff. de legat. 2. & importat, quod tota dispositio ad quam fit relatio expressa videatur est, text. expressus in l. si testamentum, C. de instit. & substit. ibi; *Secundũ conditiones infrascriptas*. Sic notatur a Barbos. dict. tractat. de diction. dict. 358. num. 5. ad finem. cõ que es innegable que ay aprecio en las nueue arançadas y media de oliuar, en la misma cãtidad que el molino, que fue en 100JJ. marauedis cada tercio precio que podian valer en aquel tiempo y mucho mas. Y asi, caso que la sentencia se aya de confirmar, se les han de mandat restituyr a estas partes, de la misma manera que en el molino, pues tiene lo vno y lo otro la misma causa de duda, por tener la misma disposicion, en cuya virtud pretendia cõprehenderlo todo la parte contraria en su demanda: de lo qual resulta quan en vano quiere euadir esta paga, y lleuarse de valde las nueue arançadas y media de oliuar, y aũ las mejoras pues las niega.

34 ¶ Estando este negocio en este estado, vino vna destas partes en su seguimiento, y presentò vna escritura que hasta agora no auia noticia della, en que parece que Iuan de Orejuela hijo de Bartolome Sanchez de Orejuela, y hermano de Benito y Bartolome, que son los que hizieron la escritura, sobre que es todo este litigio, vendio a estas partes vn tercio de molino, y lo demas que le pertenecia, en cien ducados, como de la escritura consta, con loqual parece que siendo asi que este no se hallò en la primera escritura, ni acetò el grauamen della, antes vendiendo la parte que le tocó del molino, como vno de tres herederos del dicho Bartolome Sanchez su padre, declaró su voluntad, y animo de que su parte fuesse libre, cum voluntas facto magis quam verbis declaretur, l. pro hærede, ff. de adquirend. hæredit. l. Paulus respondit, ff. rem rar. haber. Grammat. consil. 13. n. 3. per cap. dilecta fili 2. de appel. Paul. Montan. de tutell. & curis,

cap.

cap. 33. n. 533. & seuentibus, Mario Anton. varia. resolutio. lib. 2. resolut. 11. n. 65. Surd. consil. 371. numer. 65. & decis. 194. num. 21. no ay razon para que esta parte de molino se declare por libre, y no de fideicomisso, en caso que lo demas lo sea, y como tal se le aya de dexar libremente a estas partes.

35 ¶ Con lo qual parece que es clara la justicia de Iuan de Ostos Ramos y consortes, assi por no auer en la disposicion de Bartolome Sanchez de Orejuela y sus dos hijos, fideicomisso, vinculo, ni mayorazgo, ni palabras de que tal se pueda induzir, sino tan solamente vna accion de retracto inter disponentes eorumque descendentes, la qual está prescripta con el transcurso de cincuenta y dos años, a vista de la parte contraria, como porque quando vuiera fideicommisso no es absoluto sino condicionado, de tal manera, que vna vez enagenada la cosa perpetuo fit alienabilis, con que la vēta y enagenacion fue valida, a que se allega que en qualquier acontecimiento la parte que enagenò Iuan de Orejuela que no se hallò en la disposicion del padre y sus dos hermanos, no tiene grauamen alguno, y assi como libre la vendio a estas partes, que todo lo han posseydo con buena fee, y con titulo justo, y han hecho los frutos suyos, y se les deuen los mejoramientos de qualquier genero q̄ seā en la cantidad que con tan superior prouança tienen prouada, y assi esperamos se à de determinar. Salua, &c.

Licen. Ramon de Morales.